

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les articles 79bis et 79ter de la loi sur le droit d'auteur

Dusollier, Séverine

Published in:
Hommage à Jan Corbet

Publication date:
2006

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Dusollier, S 2006, Les articles 79bis et 79ter de la loi sur le droit d'auteur. Dans *Hommage à Jan Corbet*. Larcier , Bruxelles, p. 367-382.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

ART. 79bis

Art. 79bis. § 1. Eenieder die een doeltreffende technische voorziening omzeilt en dat weet of redelijkerwijs behoort te weten en die weet of redelijkerwijs behoort te weten dat deze omzeiling het plegen van inbreuken bedoeld in de artikelen 80 en 82 kan vergemakkelijken, is schuldig aan een misdrijf dat wordt bestraft overeenkomstig de artikelen 81 en 83 tot 86. De omzeiling van technische voorzieningen getroffen, overeenkomstig of krachtens dit artikel of overeenkomstig artikel 87bis, § 1, wordt geacht het plegen van inbreuken bedoeld in de artikelen 80 en 82 te vergemakkelijken.

Eenieder die inrichtingen, producten of onderdelen vervaardigt, invoert, verdeelt, verkoopt, verhuurt, er reclame voor verkoop of verhuur voor maakt, of voor commerciële doeleinden bezit, of die diensten verricht die:

1° gestimuleerd, aangeprezen of in de handel worden gebracht om de bescherming van een doeltreffende technische voorziening te omzeilen, of

2° slechts een commercieel beperkt doel of nut hebben naast het omzeilen van de bescherming van een doeltreffende technische voorziening, of

3° in het bijzonder ontworpen, vervaardigd of aangepast zijn met het doel het omzeilen van een doeltreffende technische voorziening mogelijk of gemakkelijker te maken,

is schuldig aan een misdrijf dat wordt bestraft overeenkomstig de artikelen 81 en 83 tot 86.

De bepalingen van boek I van het Strafwetboek, met inbegrip van hoofdstuk VII en artikel 85, zijn van toepassing op de misdrijven bedoeld in het eerste en tweede lid.

Onder “technische voorzieningen” wordt verstaan: technologie, inrichtingen of onderdelen die in het kader van hun normale werking dienen voor het voorkomen of beperken van handelingen ten aanzien van werken of prestaties, die door de houders van auteursrechten of naburige rechten niet zijn toegestaan.

Technische voorzieningen worden geacht doeltreffend te zijn in de zin van het eerste en tweede lid indien het gebruik van een werk of prestatie wordt beheerst door de rechthebbende, door toepassing van een controle op de toegang of een beschermingsproces zoals encryptie, versluiering of andere transformatie van het

Art. 79bis. § 1^{er}. Toute personne qui contourne toute mesure technique efficace, en le sachant ou en ayant des raisons valables de le penser et en sachant ou en ayant des raisons valables de penser que ce contournement peut faciliter la commission d’infractions visées aux articles 80 et 82, est coupable d’un délit qui est sanctionné conformément aux articles 81 et 83 à 86. Le contournement des mesures techniques appliquées, conformément ou en vertu du présent article ou conformément à l’article 87bis, § 1^{er}, est réputé faciliter la commission des infractions visées aux articles 80 et 82.

Toute personne qui fabrique, importe, distribue, vend, loue, fait de la publicité en vue de la vente ou de la location, ou possède à des fins commerciales des dispositifs, produits ou composants, ou preste des services qui:

1° font l’objet d’une promotion, d’une publicité ou d’une commercialisation, dans le but de contourner la protection de toute mesure technique efficace, ou

2° n’ont qu’un but commercial limité ou une utilisation limitée autre que de contourner la protection de toute mesure technique efficace, ou

3° sont principalement conçus, produits, adaptés ou réalisés dans le but de permettre ou de faciliter le contournement de la protection de toute mesure technique efficace,

est coupable d’un délit qui est sanctionné conformément aux articles 81 et 83 à 86.

Les dispositions du livre I^{er} du Code pénal, y compris le chapitre VII et l’article 85, sont applicables aux délits visés aux alinéas 1^{er} et 2.

On entend par “mesures techniques”: toute technologie, dispositif ou composant qui dans le cadre normal de son fonctionnement est destiné à empêcher ou à limiter en ce qui concerne les œuvres ou prestations, les actes non autorisés par les titulaires de droits d’auteur ou de droits voisins.

Les mesures techniques sont réputées efficaces au sens des alinéas 1^{er} et 2 lorsque l’utilisation d’une œuvre ou d’une prestation est contrôlée par les titulaires du droit grâce à l’application d’un code d’accès ou d’un procédé de protection tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l’œuvre ou de la prestation ou d’un mécanisme de contrôle de copie qui atteint cet objectif de protection.

werk of prestatie of een kopieerbeveiliging die de beoogde bescherming bereikt.

§ 2. De rechthebbenden nemen binnen een redelijke termijn afdoende vrijwillige maatregelen, waaronder overeenkomsten met andere betrokken partijen, om ervoor te zorgen dat de nodige middelen verschaft worden aan de gebruiker van een werk of een prestatie om van de uitzonderingen bepaald in artikel 21, § 2, artikel 22, § 1, 4°, 4°bis, 4°ter, 8°, 10° en 11°, artikel 22bis, § 1, eerste lid, 1° tot 5°, en artikel 46, 3°bis, 7°, 9° en 10°, te kunnen genieten mits de gebruiker op rechtmatige wijze toegang heeft tot het door de technische voorziening beschermde werk of prestatie.

De Koning kan, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, volgens de voorwaarden die Hij vaststelt, de lijst van bepalingen bedoeld in het eerste lid, uitbreiden tot de artikelen 22, § 1, 5°, en 46, 4°, voor zover dit geen afbreuk doet aan de normale exploitatie van werken of van prestaties, noch de wettige belangen van de rechthebbenden onredelijk schaadt.

§ 3. De § 2 geldt niet voor werken of prestaties voor het publiek beschikbaar gesteld op grond van overeengekomen bepalingen op zodanige wijze dat leden van het publiek daartoe toegang hebben op een door hen individueel gekozen plaats en tijd.

§ 4. De technische voorzieningen bedoeld in § 1 mogen de rechtmatige verkrijgers van werken en prestaties niet beletten deze werken en prestaties overeenkomstig hun beoogde doel te gebruiken.

§ 2. Les ayants droits prennent dans un délai raisonnable des mesures volontaires adéquates, y compris des accords avec les autres parties concernées, afin de fournir à l'utilisateur d'une œuvre ou d'une prestation, les moyens nécessaires pour pouvoir bénéficier des exceptions prévues à l'article 21, § 2, à l'article 22, § 1^{er}, 4°, 4°bis, 4°ter, 8°, 10° et 11°, à l'article 22bis, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1° à 5°, et à l'article 46, 3°bis, 7°, 9° et 10°, lorsque celui-ci a un accès licite à l'œuvre ou à la prestation protégée par les mesures techniques.

Le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, peut, aux conditions qu'il fixe, étendre aux articles 22 § 1^{er}, 5°, et 46, 4°, la liste des dispositions visées à l'alinéa 1^{er} dès lors que cela ne porte pas atteinte à l'exploitation normale des œuvres ou des prestations, ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des ayants droit.

§ 3. Le § 2 ne s'applique pas aux œuvres et prestations qui sont mises à la disposition du public à la demande selon des dispositions contractuelles entre parties, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.

§ 4. Les mesures techniques de protection visées au § 1^{er} ne peuvent empêcher les acquéreurs légitimes des œuvres et prestations protégées d'utiliser ces œuvres et prestations conformément à leur destination normale.

Séverine DUSOLLIER

Section 1

INTRODUCTION

L'article 79bis qui résulte de la modification de la loi belge survenue en 2005, instaure un nouveau délit de contrefaçon en droit d'auteur et droits voisins, constitué par des actes permettant le contournement de dispositifs techniques de protection de l'œuvre. De tels dispositifs se sont développés à la faveur des technologies digitales; ils visent à sécuriser la distribution et la diffusion d'œuvres en format digitale, à en empêcher la copie ou à en contrôler l'accès et l'utilisation. Au rang de ces systèmes électroniques de protection, il faut ranger les mécanismes anti-copie des CD ou des DVD, le cryptage des contenus transmis sur les réseaux, digitaux ou hertziens, ainsi que les composants de dispositifs plus complexes, tels

les *Digital Rights Management*, qui sécurisent la distribution des contenus en ligne¹. Mais ces systèmes nouveaux de protection ne sont pas infailibles et nombreuses sont les tentatives de neutraliser ces défenses techniques afin d'utiliser l'œuvre sans aucune restriction. L'article 79bis qualifie ces manipulations d'actes illicites et répréhensibles (art. 79bis § 1^{er}) tout en cherchant à permettre certaines utilisations licites de l'œuvre, en dépit de la présence de ces verrous électroniques (art. 79bis § 2 à 4). Il constitue la transposition de dispositions de la directive européenne du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur dans la société de l'information², elles-mêmes inspirées par les Traités OMPI de 1996³.

Section 2

LA DÉFINITION DU DÉLIT DE CONTREFAÇON: LES ACTES ILLICITES DE CONTOURNEMENT

Le délit de contournement des mesures techniques de protection des œuvres et prestations est double: d'une part, le premier alinéa de l'article 79bis § 1^{er}, sanctionne l'acte de contournement du dispositif technique; d'autre part, le deuxième alinéa prohibe la fabrication et la distribution d'équipements permettant ou facilitant un tel contournement. Il s'agit dans ce deuxième cas d'actes préparatoires au contournement dont l'interdiction pourrait se révéler plus facile à mettre en œuvre, contrairement à l'acte même de neutralisation qui s'effectuera normalement dans la sphère privée de l'utilisateur, et plus efficace dans la mesure où elle permet d'atteindre des actes commerciaux fournissant, souvent sur une grande échelle, les moyens de la contrefaçon des œuvres.

§ 1. L'acte de contournement

L'acte de contournement sera illicite s'il répond à plusieurs conditions: l'une concerne la matérialité de l'infraction, soit l'acte de contourner une mesure technique, deux autres relèvent davantage de l'intention de l'auteur de l'acte, soit de l'élément moral de l'infraction.

L'élément matériel de l'infraction est constitué par l'acte de contournement lui-même. L'objet de ce contournement doit être une mesure technique efficace, ce qui renvoie à la définition de ces termes aux alinéas 4 et 5 de l'article 79bis § 1^{er} (voir *infra*). La notion de contournement elle-même n'est pas explicitée et il faut donc s'en référer au sens commun du mot, soit au fait de neutraliser, désactiver une mesure technique, en ignorer la protection, la manipuler ou la transformer pour la rendre inopérante. S'il est évident que la manipulation d'un dispositif de pro-

¹ Pour une description plus complète des mécanismes techniques de protection, voir S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'environnement numérique*, Bruxelles, Larcier, 2005, 39 e.s.

² Art. 6 de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, J.O.C.E. L 167, du 22 juin 2001, 10.

³ Art. 11 ~~et~~ 12 du Traité OMPI du 20 décembre 1996 sur le droit d'auteur, art. 18 ~~et~~ 19 du Traité de l'OMPI du 20 décembre 1996 sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes.

tection par le recours à [un](#) outil de décryptage non autorisé par les titulaires de droits entre dans le champ d'application de la notion de contournement, l'utilisation d'une clé licite de déverrouillage de la protection, telle que le véritable mot de passe ou le numéro de licence, même en l'absence du consentement des titulaires de droits, pourrait être plus contestée.

Un premier élément moral résulte de la précision que le contournement ne sera illicite que s'il est effectué en sachant ou en ayant des raisons de penser que l'acte accompli contourne une mesure technique. Il s'agit d'éviter que ne soient poursuivies les personnes qui désactiveraient une protection technique sans en avoir conscience, suite à un dysfonctionnement de leur équipement ou à une erreur de manipulation.

Le contournement doit être en outre réalisé "en sachant ou en ayant des raisons valables de penser que ce contournement peut faciliter la commission d'infractions visées aux articles 80 et 82", ce qui ajoute un deuxième élément moral au délit de contournement. L'ajout résultant d'un amendement visant à préserver le bénéfice de la copie privée et d'autres exceptions aux droits de l'auteur du jeu des dispositifs techniques⁴, cet élément de connaissance semble bien avoir pour conséquence que les actes de contournement qui ne seraient que le préalable à des utilisations licites de l'œuvre, notamment celles prévues dans le cadre d'exceptions aux droits exclusifs, pourraient être considérés comme licites. En d'autres mots, l'acte de contournement ne serait sanctionné que si un acte de contrefaçon s'ensuit, ce qui lie l'interdiction de la neutralisation des mesures techniques au champ d'application des droits exclusifs, la transformant en une sorte de circonstance aggravante de la contrefaçon. Une autre interprétation, plus restrictive, pourrait s'appuyer sur la mention, par cet alinéa, de la seule *possibilité* d'une infraction au droit d'auteur, favorisée par la profanation du dispositif technique. A suivre cette interprétation, il ne s'agirait donc pas que la violation du droit d'auteur soit réellement accomplie postérieurement au passage de la barrière technique, mais uniquement qu'elle soit désormais réalisable. Une telle interprétation serait toutefois peu compréhensible car le texte n'ajouterait rien dans ce cas au prescrit de l'interdiction.

Ce lien entre le contournement et l'infraction postérieure au droit d'auteur ou aux droits voisins est immédiatement nuancé, dans le texte de l'article 79bis § 1^{er}, par l'énoncé du fait que l'acte de contournement sera réputé faciliter la commission d'une telle infraction. En d'autres termes, le simple contournement d'une mesure technique présente sur une œuvre présumera que son objectif vise à accomplir une atteinte au droit d'auteur. Cette présomption renverse en quelque sorte la charge de la preuve de ce deuxième élément moral de l'infraction de contournement, la faisant peser sur l'utilisateur de l'œuvre ayant neutralisé la défense technique.

⁴ Amendement n° 142 de Mme Déom et consorts, Projet de loi transposant en droit belge la directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, 17 mai 2004, *Doc. Parl.* Chambre 2003-04, n° 1137/012.

§ 2. Les équipements de contournement

L'alinéa 2 de l'article 79bis § 1^{er} de la loi sur le droit d'auteur interdit la fabrication et le commerce d'équipements permettant ou facilitant le contournement d'une mesure technique.

Les activités prohibées sont la fabrication, l'importation, la distribution, la vente, la location, la publicité en vue de la vente ou de la location, ou la possession à des fins commerciales de dispositifs illicites, ainsi que la prestation de services de contournement. Ces actes seront interdits même s'ils n'ont pas été accomplis à des fins commerciales, hors le cas de la possession. L'établissement d'hyperliens, le référencement de sites proposant des outils de contournement peuvent également être couverts par le terme de "distribution". Par contre, la fourniture d'informations sur les moyens de contournement ne devrait pas être comprise dans cette liste dans la mesure où des "informations" ne répondent pas à la définition de "dispositifs, produits ou composants", sauf à qualifier cette fourniture d'informations de "prestations de services de contournement".

L'illicéité des dispositifs et services est conditionnée par trois critères alternatifs. Sont visés les dispositifs, produits ou composants ou la prestation de services qui:

- 1° font l'objet d'une promotion, d'une publicité ou d'une commercialisation, dans le but de contourner la protection d'une mesure technique efficace; ou
- 2° n'ont qu'un but commercial limité ou une utilisation limitée autre que de contourner la protection de toute mesure technique efficace; ou
- 3° sont principalement conçus, produits, adaptés ou réalisés dans le but de permettre ou de faciliter le contournement de la protection de toute mesure technique efficace".

En quelque sorte, sont visés les services et dispositifs qui poursuivent clairement une fonction de neutralisation des mesures techniques, que celle-ci se révèle dès sa conception, par la publicité qui se réalise autour de ce produit, par sa fonction principale ou par l'utilisation qui en est faite. A titre d'exemple, un vendeur de lecteurs DVD pourrait être poursuivi s'il a adapté ces magnétoscopes afin de favoriser le contournement de la protection propre au DVD. Mais même si le vendeur n'est pas lui-même responsable de cette adaptation, la publicité qu'il ferait pour annoncer cette caractéristique spécifique de ses produits suffirait pour pouvoir le sanctionner. Le critère du "but commercial limité ou utilisation limitée", non défini par la loi, servira principalement à déterminer la licéité d'équipements poursuivant plusieurs fonctions afin de ranger ces équipements dans l'arsenal des dispositifs illicites si les fonctions autres que le contournement ne sont qu'accessoires ou servent d'alibi à un dessein illégitime.

Section 3

L'OBJET DE LA PROTECTION DE L'ARTICLE 79BIS: LA DÉFINITION DES MESURES TECHNIQUES PROTÉGÉES

Les mesures techniques dont le contournement pourra faire l'objet de poursuites sont définies à l'article 79bis § 1^{er} al. 4 et 5. Trois éléments composent cette définition: (1) l'objet de la mesure technique doit être une œuvre, prestation ou base de données protégée par un droit d'auteur ou un droit voisin, (2) la fonction du dispositif doit être de contrôler ou d'empêcher la réalisation d'un acte non autorisé par le titulaire de droits et (3) ce dispositif doit être efficace.

§ 1. L'objet de la protection de la mesure technique

I. Les œuvres et prestations

Les mesures techniques doivent déployer leur protection "en ce qui concerne les œuvres ou prestations". Seuls les dispositifs dont l'objet est de protéger des éléments protégés par un droit d'auteur ou un droit voisin sont donc visés. Il en résulte que les dispositifs qui enserment des éléments appartenant au domaine public ne pourront être protégés contre le contournement. Cette exclusion n'empêche toutefois pas de poursuivre le distributeur d'un équipement facilitant le contournement d'un dispositif de verrouillage qui peut être indifféremment apposé sur des œuvres protégées et sur des éléments du domaine public, ni de sanctionner la neutralisation d'une mesure technique couvrant un ensemble d'éléments, dont seuls certains seraient protégés par un droit d'auteur ou un droit voisin. En outre, même si les dispositions anti-contournement ne confèrent pas une protection légale supplémentaire aux contenus relevant du domaine public et éventuellement techniquement sécurisés, il n'en demeure pas moins que cette emprise de fait accorde au distributeur de tels contenus une réserve de fait qui ne repose sur aucun droit intellectuel.

II. La protection spécifique des programmes d'ordinateur

L'ensemble de ce nouveau dispositif de protection exclut toutefois les programmes d'ordinateur⁵, conformément au souhait de la directive de conserver le régime spécifique de protection mis en place par la directive du 14 mai 1991⁶. La sanction des activités de contournement des mesures techniques apposées sur les logiciels devra donc être trouvée dans l'article 10 al. 2 de la loi sur les programmes d'ordinateur du 30 juin 1994, qui rend coupables d'un délit les personnes qui "mettent en circulation ou détiennent à des fins commerciales tout moyen ayant

⁵ La conservation du régime de protection spécifique pour les programmes d'ordinateur n'est pas mentionnée de manière explicite ni dans la loi ni dans l'exposé des motifs du projet de loi. Elle résulte de l'interprétation de la loi à la lumière de la directive et de l'absence d'une abrogation des dispositions spécifiques de l'art. 10 de la loi sur les programmes d'ordinateur du 30 juin 1994.

⁶ Voir le considérant 50 de la directive 2001/29.

pour seul but la suppression non autorisée ou la neutralisation des dispositifs techniques qui protègent le programme d'ordinateur"⁷. Cette protection est plus réduite que la protection générale accordée aux mesures techniques car elle n'interdit que le commerce d'équipements de contournement, et non l'acte ~~lui-même~~ même de neutralisation du dispositif de protection, et définit de manière très stricte les équipements qui seront considérés comme illicites. Cette protection réduite contre le contournement pourrait également trouver à s'appliquer aux jeux vidéos, régulièrement qualifiés de programmes d'ordinateur par les cours et tribunaux.

§ 2. La fonction de la mesure technique

L'article 79bis § 1^{er} al. 4, précise qu'on entend par mesure technique "toute technologie, dispositif ou composant qui dans le cadre normal de son fonctionnement est destiné à empêcher ou à limiter (...) les actes non autorisés par les titulaires de droits d'auteur ou de droits voisins". Le critère déterminant est que l'acte entravé par la contrainte technique soit un "acte non autorisé" par le titulaire du droit, ce que l'on peut interpréter de deux manières.

Une première interprétation, plutôt large, de "l'acte non autorisé" par le titulaire de droit englobe dans cette notion tout acte d'utilisation de l'œuvre ou de la prestation que le titulaire de droit n'entend pas permettre, que cette utilisation soit couverte ou non par ses droits exclusifs. Cette interprétation peut trouver appui dans la directive de 2001 qui a introduit ce critère au moment où elle admettait que les mesures techniques puissent empêcher le bénéfice des exceptions aux droits, et donc pouvaient entraver des actes d'utilisation permis par la loi, mais non autorisés par le titulaire de droits⁸. Il suffirait donc que l'auteur interdise contractuellement ou unilatéralement une utilisation pour que la mesure technique qui supporte cette interdiction soit protégée par les dispositions anti-contournement de la loi belge. Par hypothèse, toute mesure technique serait dès lors protégée dans la mesure où elle incarne forcément une absence d'autorisation du titulaire de droit quant à l'acte qu'elle contrôle, ce qui rend la définition quelque peu tautologique et engloberait les dispositifs techniques qui interdisent la copie ou la communication d'une œuvre, même à des fins d'exceptions légales, les systèmes de contrôle d'accès ou de lecture de l'œuvre, ainsi que les mécanismes limitant la région d'utilisation d'un support acheté dans un territoire déterminé (zonage ou codage régional)⁹.

L'exposé des motifs du projet de loi ayant inséré cette disposition dans la loi du 30 juin 1994 fait toutefois écho à une autre interprétation selon laquelle les "actes

⁷ Sur cette protection voir S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'environnement numérique*, o.c., 71 e.s.

⁸ S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'environnement numérique*, o.c., 130-133.

⁹ Sur la légitimité de ces dispositifs de codage régional, notamment utilisés pour les DVDs et les jeux vidéos, voir S. DUSOLLIER, "Les nouvelles dispositions belges en matière de protection technique du droit d'auteur et des droits voisins", *AM* 2005, n° 6, 532-548. Il faut préciser que la simple utilisation de supports acquis en dehors de l'Union européenne n'est pas couverte par le droit de distribution.

non autorisés par le titulaire de droits” doivent se comprendre des actes non autorisés conformément à la loi. Il y est en effet précisé que la loi vise les dispositifs qui “sont destinés à protéger les droits d’auteur et les droits voisins prévus par la loi”¹⁰. Il semblerait donc que le législateur ait voulu calquer le périmètre de la protection des mesures techniques sur celui des droits exclusifs. Une telle définition pourrait également se baser sur le critère des “actes qui ne sont pas autorisés par l’auteur ou permis par la loi” que l’on retrouve dans les Traités OMPI, source originelle des dispositions anti-contournement.

§ 3. L’efficacité de la mesure technique

Une autre condition s’impose aux mesures techniques pour bénéficier de la protection contre les actes de contournement: elles doivent être efficaces, critère résultant des traités OMPI et repris par la directive européenne. Cette efficacité est définie par la loi comme le fait que “l’utilisation d’une œuvre protégée, ou celle d’un autre objet protégé, est contrôlée grâce à l’application d’un code d’accès ou d’un procédé de protection, tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l’œuvre ou de l’objet protégé ou d’un mécanisme de contrôle de copie qui atteint cet objectif de protection”. Cette disposition instaure une présomption d’efficacité des dispositifs qu’elle énumère.

D’autres sens peuvent être donnés à cette notion d’efficacité. Il va tout d’abord de soi que l’efficacité n’est pas synonyme d’infaillibilité, à moins de vouloir enlever toute utilité aux dispositions anti-contournement¹¹. En revanche, l’exposé des motifs indique que cette notion d’efficacité requiert un certain degré de “sérieux” de la part des mesures techniques¹², ce qu’il faut entendre comme une condition d’effectivité par rapport à la protection recherchée: la mesure technique doit avoir un effet prouvé quant à la protection des œuvres et ne peut avoir été apposée sur l’œuvre d’une manière légère ou ne poursuivre cette protection que de manière accidentelle et superficielle. Cette exigence d’effectivité se retrouve dans la condition que le procédé technique atteigne “cet objectif de protection”, qui apparaît *in fine*, dans l’énoncé de la présomption d’efficacité.

L’efficacité de la mesure technique peut également être jugée par rapport à sa compatibilité avec les équipements de lecture des supports qu’elle protège. Un considérant de la directive liait en effet le critère de l’efficacité au fait que la mesure technique ne perturbe pas “le fonctionnement normal des équipements électroniques et leur développement technique”¹³.

¹⁰ Exposé des motifs, Projet de loi transposant en droit belge la directive européenne 2001/29/CE, *o.c.*, n° 1137/001, 24.

¹¹ Sur cette interprétation, voir P. SIRINELLI, “L’étendue de l’interdiction de contourner les mesures techniques protégeant l’accès aux œuvres et les droits des auteurs: exceptions et limitations – Rapport Général”, in *Régimes complémentaires et concurrentiels au droit d’auteur*, Actes du Congrès de l’ALAI, 13-17 juin 2001, New York, ALAI-USA, Inc., 2002, 425.

¹² Exposé des motifs, *o.c.*, 23.

¹³ Considérant 48. Voir également J. REINBOTHE, “Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft”, *GRUR Int.* 2001, 741.

Section 4

LES SANCTIONS DES ACTES DE CONTOURNEMENT

L'acte de contournement ainsi que la fabrication et l'offre d'équipements de contournement sont sanctionnés pénalement conformément aux articles 81 et 83 à 86 de la loi sur le droit d'auteur. Ces actes sont également des fautes civiles, susceptibles d'une action classique en dommage et intérêts, et peuvent faire l'objet d'une action en cessation¹⁴, ouverte à tout intéressé, ce qui comprend les concepteurs ou distributeurs des dispositifs techniques protégés¹⁵.

Les articles 83 et 86 relatifs à l'affichage des jugements, à la responsabilité civile des personnes morales pour les infractions commises par leurs organes et préposés et à la confiscation des recettes et objets résultant de l'infraction s'appliquent aux délits de contournement et de distribution de moyens de contournement.

Section 5

LES MESURES TECHNIQUES ET EXCEPTIONS

Les dispositifs de protection dont usent les titulaires de droit sont susceptibles d'empêcher sans discernement tout acte de reproduction ou de communication d'une œuvre et donc également les actes couverts par une exception légale aux droits de l'auteur¹⁶. Ils peuvent aussi gêner la lecture ou l'utilisation de l'œuvre. Les paragraphes 2 à 4 de l'article 79bis protègent les intérêts légitimes des utilisateurs d'œuvres en exigeant des titulaires de droits de veiller à ce que les mesures techniques qu'ils déploient respectent ces intérêts. Cette obligation est sanctionnée par un recours judiciaire devant le président du tribunal de première instance offert aux utilisateurs par l'article 87bis de la loi (voir *infra*, le commentaire de cet article).

§ 1. La sauvegarde des exceptions aux droit d'auteur et droits voisins

I. Les exceptions couvertes par l'article 79bis § 2

L'article 79bis § 2 al. 1, impose aux ayants droit qui recourent aux mesures techniques de prendre des mesures volontaires pour garantir le bénéfice de certaines exceptions prévues par la loi belge, tant en matière de droit d'auteur qu'en matière de droits voisins. Les exceptions visées sont la reprographie, les exceptions relatives à l'enseignement (la confection d'une anthologie et l'utilisation

¹⁴ Exposé des motifs, *o.c.*, 24.

¹⁵ *Ibid.*, 24.

¹⁶ Bruxelles 9 septembre 2005, *R.D.T.I.* 2005, n° 23, 57.

d'une œuvre à des fins d'illustration de l'enseignement ou de la recherche¹⁷), l'exception accordée aux bibliothèques et autres institutions à des fins de conservation et d'archivage, les enregistrements éphémères effectués par les organismes de radiodiffusion, la nouvelle exception au bénéfice des personnes souffrant d'un handicap, ainsi que celle reconnue aux institutions sociales¹⁸.

S'y ajoute l'exception particulière au droit d'auteur sur les bases de données qui exonère les actes de reproduction et de communication effectués à des fins de sécurité publique ou dans le cadre d'une procédure administrative ou juridictionnelle (art. 22*bis* § 1^{er}, 5^o Loi sur le droit d'auteur).

II. Les mesures volontaires

Dans toutes ces hypothèses, les ayants droit devront s'efforcer de mettre en place un espace de liberté dans lequel l'utilisateur pourra bénéficier, de manière effective, de l'exception que lui reconnaît la loi. L'exposé des motifs de la loi de 2005 insiste sur le caractère volontaire des mesures¹⁹, ce qu'il faut comprendre comme une latitude laissée aux titulaires de droits dans le choix des mesures à adopter, ces derniers n'ayant en effet pas la possibilité de ne pas intervenir en raison de la sanction prévue à l'article 87*bis*. L'intervention du titulaire de droit est requise non seulement si l'exercice de l'exception est rendu totalement impossible par la présence de la serrure technique, mais également s'il est gêné, entravé ou même s'il est soumis au paiement d'une rémunération. Ces différents effets que peuvent avoir les systèmes de protection sur l'utilisation des œuvres doivent être considérés comme contrecarrant le bénéfice effectif des exceptions.

Peuvent notamment constituer des mesures de sauvegarde des exceptions, la conclusion de contrats particuliers avec les utilisateurs, leur donnant par exemple accès à des copies d'œuvres dont certaines utilisations ne seraient pas entravées, la mise en place de dispositifs techniques allouant un certain degré de libre copie des œuvres, notamment en accord avec les distributeurs des œuvres ou avec les concepteurs d'équipements de lecture de celles-ci.

Les mesures doivent être adéquates: elles doivent permettre le bénéfice effectif de l'utilisation de l'œuvre immunisée par le jeu de l'exception légale. L'établissement de conditions spéciales et des tarifs préférentiels en faveur de certains utilisateurs ne pourrait pas remplir cette condition dans la mesure où il s'agirait plus dans ce cas du simple exercice du droit exclusif.

Les mesures doivent également être adoptées dans un délai raisonnable.

¹⁷ Il faut noter que l'exception visée à l'art. 22 § 1^{er}, 4^o*quater* qui concerne les actes de communication d'œuvres dans le cadre de l'enseignement n'est pas expressément visée par l'art. 79*bis*, ce qui pourrait n'être qu'un simple oubli dans la mesure où toutes les exceptions relatives à l'enseignement devraient se retrouver dans ce régime de sauvegarde, conformément à l'art. 6(4) de la directive.

¹⁸ Suite à une erreur matérielle, cette exception n'est pas reprise à l'art. 79*bis* mais se retrouve par contre mentionnée à l'art. 87*bis* qui sanctionne le défaut d'intervention des titulaires de droits.

¹⁹ Exposé des motifs, *o.c.*, 25.

III. Le sort de la copie privée et des autres exceptions

La copie privée n'est pas incluse dans la liste des exceptions privilégiées mais elle pourra y être ajoutée par un arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres (art. 79bis § 2 al. 2). Dans cette hypothèse, il a déjà été précisé qu'une mesure adéquate permettant la réalisation de copie privée pourra résider dans la possibilité technique d'effectuer un nombre limité de copies de l'œuvre²⁰.

Les autres exceptions de la loi n'étant pas reprises dans la liste de l'article 79bis, l'utilisateur ne pourra en bénéficier si la mesure technique entrave la réalisation d'une copie ou d'une communication de l'œuvre qui serait nécessaire pour exercer l'exception. Aucun recours ne paraît offert à l'utilisateur dans ce cas. Si l'on admet l'interprétation selon laquelle l'acte de contournement ne sera pas punissable s'il est effectué pour bénéficier d'une exception (voir *supra*), il pourra neutraliser la protection technique. Il en est de même des utilisations d'éléments du domaine public qui pourraient être obérées par l'intervention d'un verrou technique.

IV. La condition de l'accès licite à l'œuvre ou à la prestation

Le bénéficiaire des exceptions reprises à l'article 79bis ne peut exiger du titulaire de droits qu'il adopte les mesures nécessaires pour qu'il puisse exercer les libertés qui lui sont garanties par les exceptions que s'il dispose d'un accès licite à l'œuvre ou à la prestation sur laquelle s'applique la mesure technique. L'hypothèse est celle d'un utilisateur qui acquiert légitimement une œuvre mais se voit importuné dans sa capacité d'effectuer certains actes de reproduction ou de communication de l'œuvre en vertu d'une exception.

La notion d'accès licite n'est définie pas dans la loi belge, pas plus que dans la directive. Il faut probablement la définir, à l'instar de la définition de l'utilisateur légitime de l'article 22quater de la loi sur le droit d'auteur, comme tout accès autorisé par le titulaire du droit ou admis par la loi²¹.

V. Les œuvres et prestations mises à la disposition du public à la demande

Le troisième paragraphe de l'article 79bis de la loi sur le droit d'auteur exclut l'application de ce régime de sauvegarde "aux œuvres ou autres objets protégés qui sont mis à la disposition du public à la demande selon les dispositions contractuelles convenues entre les parties de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement". La terminologie de cette disposition renvoie à la définition du droit de mise à la disposition du public qui complète le droit de communication de l'article 1. Cette exclusion résulte de

²⁰ Rapport fait au nom de la commission de l'économie par M. Guy Hove, *Doc. Parl.* Chambre 2003-04, n° 1137/013, 84.

²¹ Considérant 33 *in fine*. Sur la notion d'utilisateur légitime, voir S. DUSOLLIER, "L'utilisation légitime de l'œuvre: un nouveau sésame pour le bénéfice des exceptions en droit d'auteur?", *Communications – Commerce Electronique* novembre 2005, 17-20.

la directive et vise à permettre aux services de mise à la disposition à la demande de déployer des dispositifs techniques dans toute leur mesure. Les services interactifs à la demande couvrant un domaine en extension croissante, les hypothèses dans lesquelles les utilisateurs ne pourront exiger le bénéfice effectif des exceptions, en vertu de cette disposition, risquent d'être nombreuses et le bénéfice de la sauvegarde des exceptions pourrait être limité aux seuls supports tangibles des œuvres, à moins que les cours et tribunaux n'interprètent strictement cette exclusion.

§ 2. L'utilisation de l'œuvre ou de la prestation conformément à sa destination normale

Le dernier paragraphe de l'article 79*bis* rencontre une autre préoccupation des utilisateurs d'œuvres, qui ont parfois fait face à des difficultés d'utilisation et de lecture des supports techniquement protégés. Plutôt que de laisser le soin aux tribunaux de résoudre cette question par le recours (hasardeux) à la doctrine des vices cachés en matière de vente²², la loi belge empêche les mesures techniques d'entraver l'utilisation des œuvres conformément à leur destination normale, obligation sanctionnée par la même action que celle prévue en matière d'exceptions. Cette limite apposée au pouvoir technique emprunte davantage une logique de protection des consommateurs, bien qu'elle puisse également être rapprochée des exceptions pour utilisation normale des programmes d'ordinateur et des bases de données²³.

La notion d'acquéreur légitime renvoie ici clairement à l'acquisition d'un exemplaire de l'œuvre, qu'il soit tangible ou non puisque l'exclusion des œuvres mises à la disposition à la demande ne s'applique qu'au bénéfice des exceptions. Le critère de la destination normale de l'œuvre "désigne en fonction de la nature de l'œuvre sa lecture, son audition ou sa visualisation par l'acquéreur légitime de celle-ci"²⁴.

²² Voir notamment TGI Nanterre (6^{ème} ch.) 2 septembre 2003, C.C.E. novembre 2003, 33.

²³ Exposé des motifs, *o.c.*, 25-26.

²⁴ Exposé des motifs, *o.c.*, 26.

ART. 79ter

Art. 79ter. § 1. Eenieder die opzettelijk op ongeoorloofde wijze een van de volgende handelingen verricht:

1° de verwijdering of wijziging van elektronische informatie betreffende het beheer van rechten;

2° de verspreiding, de invoer ter verspreiding, de uitzending, de mededeling aan het publiek of de beschikbaarstelling voor het publiek van werken of van prestaties, waaruit op ongeoorloofde wijze elektronische informatie betreffende het beheer van rechten is verwijderd of waarin op ongeoorloofde wijze dergelijke informatie is gewijzigd,

en die weet of redelijkerwijs behoort te weten dat hij zodoende aanzet tot een inbreuk op het auteursrecht of op een naburig recht, dan wel een dergelijke inbreuk mogelijk maakt, vergemakkelijkt of verbergt, is schuldig aan een misdrijf dat wordt bestraft overeenkomstig de artikelen 81 en 83 tot 86.

De bepalingen van boek I van het Strafwetboek, met inbegrip van hoofdstuk VII en artikel 85, zijn van toepassing op dit misdrijf.

§ 2. In de zin van dit artikel wordt onder “informatie betreffende het beheer van rechten” verstaan alle door de rechthebbenden verstrekte informatie op grond waarvan het werk of prestatie, dan wel de auteur of andere rechthebbende kunnen worden geïdentificeerd. Deze term wijst ook op informatie betreffende de voorwaarden voor het gebruik van het werk of prestatie, alsook op de cijfers en codes waarin die informatie vervat ligt.

Het eerste lid is van toepassing, wanneer bestanddelen van deze informatie zijn verbonden met een kopie van een werk of prestatie of kenbaar worden bij de mededeling aan het publiek ervan.

Art. 79ter. § 1^{er} Toute personne qui accomplit sciemment et sans autorisation, un des actes suivants:

1° la suppression ou la modification de toute information sur le régime des droits se présentant sous forme électronique, et

2° la distribution, l'importation aux fins de distribution, la radiodiffusion, la communication au public ou la mise à disposition du public des œuvres ou prestations, et dont les informations sur le régime des droits se présentant sous forme électronique ont été supprimées ou modifiées sans autorisation, en sachant ou en ayant des raisons valables de penser que, ce faisant, elle entraîne, permet, facilite ou dissimule une atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin, est coupable d'un délit qui est sanctionné conformément aux articles 81 et 83 à 86.

Les dispositions du livre I^{er} du Code pénal, y compris le chapitre VII et l'article 85, sont applicables à ce délit.

§ 2. Au sens du présent article, on entend par “information sur le régime des droits”, toute information fournie par des titulaires de droits qui permet d'identifier l'œuvre ou la prestation, l'auteur ou tout autre titulaire de droits. Cette expression désigne également les informations sur les conditions et modalités d'utilisation de l'œuvre ou de la prestation ainsi que tout numéro ou code représentant ces informations.

L'alinéa 1^{er} s'applique lorsque l'un quelconque de ces éléments d'information est joint à la copie ou apparaît en relation avec la communication au public d'une œuvre ou d'une prestation.

Séverine DUSOLLIER

Section 1

INTRODUCTION: LA NOTION D'INFORMATION
SUR LE RÉGIME DES DROITS

L'article 79ter de la loi sur le droit d'auteur protège un autre type de dispositifs techniques qui participent à la protection des œuvres et prestations dans l'envi-

ronnement digital, soit les éléments d'identification de celles-ci qui peuvent être associés de manière permanente à des supports digitaux, sous forme de codes, de signaux digitaux ou de dénomination verbale. Contrairement aux mesures visées à l'article 79*bis* qui assurent une fonction de contrôle actif des utilisations des œuvres et prestations, ces éléments d'identification, que les Traités OMPI ont qualifiés d'«informations sur le régime des droits», assument un rôle de protection passive des œuvres¹.

Les deux types de protection sont toutefois complémentaires, dans la mesure où ces données d'identification, également appelées «identifiants» ou «métadonnées», informent l'utilisateur sur le statut de l'œuvre et les conditions de son utilisation et fournissent les données nécessaires à la gestion des droits. Ce sont également des données qui interviennent dans les mécanismes techniques de gestion de droits ou DRM (Digital Rights Management). Supprimer ces éléments d'identification des œuvres peut donc nuire à la gestion des droits et contribuer à des actes de contrefaçon ou d'utilisation non autorisée.

Section 2

LA DÉFINITION DE L'INFORMATION SUR LE RÉGIME DE DROITS

Les informations relatives au régime de droits sont définies à l'article 79*ter* § 2, comme «toute information fournie par des titulaires de droits qui permet d'identifier l'œuvre ou la prestation, l'auteur ou tout autre titulaire de droits. Cette expression désigne également les informations sur les conditions et modalités d'utilisation de l'œuvre ou de la prestation ainsi que tout numéro ou code représentant ces informations». Sont ainsi couverts les notices de *copyright*, les mentions de réserve, les marques et logos appliqués sur l'œuvre, les identifiants verbaux ou numériques de l'œuvre ou des titulaires de droits, les codes numériques similaires aux codes ISBN ou autres, ou encore les licences accompagnant la distribution d'une copie. L'objet de ces informations peut être l'identification de l'œuvre ou de la prestation, l'identification des titulaires de droits ou la description des conditions et modalités d'utilisation du contenu ainsi identifié.

Ces éléments ne sont protégés que lorsqu'ils se présentent sous forme électronique.

L'article 79*ter in fine* prévoit que la protection s'applique lorsque les éléments d'information visés à la définition sont joints à la copie ou apparaissent en relation avec la communication au public de l'œuvre. On vise donc tant les exemplaires de l'œuvre (matériel) que la représentation d'œuvres (immatériel).

L'article 79*ter* LDA énonce les principes de la protection des informations sur le régime des droits en ce qui concerne le droit d'auteur et les droits voisins. La loi ne précise pas si elle s'applique également aux informations relatives aux programmes d'ordinateurs, la directive n'étant pas plus explicite à cet égard, nonobstant

¹ Sur cette distinction et sur l'articulation de ces différentes protections techniques, voir S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'environnement numérique*, o.c., 39 e.s.

la clause générale de réserve de l'article 1^{er} disposant qu'elle n'affecte pas les directives antérieures. Si l'on conclut à la conservation, sans modification, du régime de protection des programmes d'ordinateur, les données identifiant le programme et les conditions de son utilisation ne feront l'objet d'aucune protection, sauf à invoquer le principe établi de l'application générale des dispositions de la loi générale aux programmes d'ordinateur lorsque la loi spéciale ne prévoit pas de régime spécifique². Puisque la loi sur les programmes d'ordinateurs ne contient aucune disposition relative à la protection de l'information sur le régime des droits, contrairement à la protection des mesures techniques, l'article 79ter pourrait alors s'appliquer aux logiciels.

Section 3

LA PROTECTION DE L'INFORMATION SUR LE RÉGIME DES DROITS

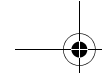
La protection des informations sur le régime des droits est double. L'article 79ter de la loi sur le droit d'auteur sanctionne toute personne qui accomplit l'un des actes suivants:

- supprimer ou modifier, sans y être habilitée, toute information relative au régime des droits se présentant sous forme électronique;
- distribuer, importer aux fins de distribution, radiodiffuser ou communiquer au public, sans y être habilitée, des œuvres ou des exemplaires d'œuvres en sachant que des informations relatives au régime des droits se présentant sous forme électronique ont été supprimées ou modifiées sans autorisation.

Ne sont par contre pas couvertes, à l'inverse des dispositions anti-contournement de l'article 79bis, la distribution ou l'offre d'équipements permettant ou facilitant cette suppression.

La suppression des informations sur le régime des droits ou la distribution de contenus dont ces informations ont été ôtées, ne seront toutefois illicites que si elles ont été effectuées sciemment et sans autorisation et si la personne savait ou devait savoir que, "ce faisant, elle entraîne, permet, facilite ou dissimule une atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin". La présence de ce double élément moral (la connaissance de l'accomplissement de l'acte interdit et de la conséquence contrefaisante de celui-ci) a pour objectif de ne sanctionner que les actes de manipulation de l'information sur le régime des droits qui participent de manière patente à un processus de violation du droit intellectuel.

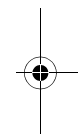
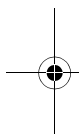
² A. STROWEL, "La loi belge du 30 juin 1994 sur les programmes d'ordinateur: vers un droit d'auteur *sui generis*?", *R.I.D.A.* avril 1995, 173.



Section 4

SANCTIONS

L'acte de manipulation de l'information sur le régime des droits est constitué en délit de contrefaçon. Il peut également faire l'objet d'une action en cessation³ et d'une action en dommages et intérêts.



³ Exposé des motifs, *o.c.*, 27.

